

L'AVVOCATO NELLA MEDIAZIONE

**Tecniche di mediazione, valorizzazione degli interessi di parte e profili
deontologici**

Trieste, 23 marzo 2012

Presenta e modera:

Avv. Gioacchino Boglich -*Presidente A.M.A. – Associazione Mediatori Avvocati di Trieste*

PROGRAMMA

- ✓ **Come si svolge il procedimento di mediazione: visione di una simulazione di mediazione**

Avv. Fabio Valerini –*Dottore di ricerca in Tutela giurisdizionale dei diritti, imprese e amministrazioni, Università di Roma Tor Vergata*

- ✓ **La mediazione nel suo rapporto con il processo civile**

Prof. Avv. Sergio Menchini – *Ordinario di diritto processuale civile, Università di Pisa*

- ✓ **Forma, contenuto, effetti, stabilità e vantaggi dell'accordo amichevole rispetto al lodo e alla sentenza**

Prof. Avv. Francesco Paolo Luiso - *Ordinario di diritto processuale civile, Università di Pisa*

- ✓ **L'avvocato e la mediazione: profili contrattuali e riflessi deontologici**

Avv. Fabio Valerini –*Dottore di ricerca in Tutela giurisdizionale dei diritti, imprese e amministrazioni, Università di Roma Tor Vergata*

Avv. Antonella Lonciari

A seguito di un breve saluto e ringraziamento alla Promoconsult per l'invito al convegno, l'Avv. Antonella Lonciari illustra l'orientamento dell'Ordine degli Avvocati di Trieste in tema di mediazione evidenziando come l'Ordine degli Avvocati di Trieste non sia assolutamente contrario alla mediazione vista quale procedimento alternativo alla risoluzione delle controversie.

Prosegue sottolineando come da giuristi non si possa non contestare l'imposizione della condizione di improcedibilità della domanda giudiziale e dunque gli avvocati sono ovviamente contrari all'obbligatorietà della mediazione, nonostante sia uno strumento valido ed una procedura da condividere nell'attuare la deflazione delle liti. Mediazione e processo sono istituti complementari che devono integrarsi tra di loro, ma non dovrebbe esserci quell'imposizione ed obbligatorietà che falsa gli interessi in gioco e rende più difficoltoso al cittadino accedere alla tutela giurisdizionale. In altri ordinamenti e sicuramente le direttive dell'Unione Europea impongono e sollecitano di adottare soluzioni alternative di risoluzione delle liti e quindi l'Italia non può che adeguarsi. L'Avv. Antonella Lonciari specifica che gli Avvocati-Mediatori possono svolgere la funzione di mediatore probabilmente meglio di altri poiché sono in grado di avere conoscenze più approfondite in determinate materie. L'impegno quindi da parte degli avvocati c'è, ma ovviamente continueranno a valutare attentamente l'istituto della mediazione e soprattutto contestarne con tutti i mezzi a disposizione l'obbligatorietà del procedimento.

L'Avv. Antonella Lonciari evidenzia come il legislatore abbia in precedenza inserito per determinate materie la procedura di mediazione obbligatoria, ad esempio nel rito del lavoro, ma che ciò non ha raggiunto il successo che in realtà si aspettava e ciò dovrebbe far riflettere anche in tema di mediazione per almeno migliorare la procedura.

L'Avv. Antonella Lonciari mette in luce che è prassi per gli avvocati prima di far iniziare una lite ai clienti condurli ad una transazione con controparte. La procedura di mediazione resta qualcosa di diverso, che si stacca da quella che è la transazione così come conosciuta giuridicamente. Per tale motivo lo strumento della mediazione potrebbe essere valido, ma tenendo conto di altre esigenze e quindi non imponendo a tutti i costi la procedura che ha anche degli oneri per i clienti.

Avv. Gioacchino Boglich

Ringrazia l'Ordine degli Avvocati per l'appoggio fornito all'organizzazione dell'iniziativa e la Promoconsult nella figura di Antonella Clarich con cui l'Avv. Gioacchino Boglich si è trovato a condividere quest'iniziativa ed altre in futuro allo scopo di portare più conoscenza intorno al mondo della mediazione e far comprendere al pubblico che la mediazione ha una forte valenza positiva e deve essere conosciuta di più da parte di tutti.

Prosegue, ricollegandosi all'intervento dell'Avv. Antonella Lonciari, precisando che senza dover entrare nel merito dell'obbligatorietà o meno della mediazione nel procedimento ritiene che il sistema della giustizia in Italia stia attraversando un momento di profonda crisi. Per quanto riguarda il territorio di Trieste i tempi della giustizia sono ragionevoli, ma nel resto dell'Italia vi sono cause che si protraggono eccessivamente (esempio: causa a Prato aperta nel 2004 e solo nel 2012 sono state depositate le comparse conclusionali di primo grado!).

La *ratio* della mediazione è opposta all'obbligatorietà e corrisponde ad una libera scelta delle parti che decidono di accedervi, ma vista la situazione della giustizia non ritiene l'obbligatorietà negativa.

Saranno organizzate ulteriori iniziative dell'Associazione Mediatori Avvocati di Trieste assieme alla Promoconsult ed in particolare è in programma di organizzare un confronto tra

avvocati anche di altri ordinamenti per comprendere se la mediazione esiste, se è obbligatoria ed in quale modo opera.

Ringrazia tutti gli ospiti presenti.

Come si svolge il procedimento di mediazione: visione di una simulazione di mediazione **- Avv. Fabio Valerini -**

L'Avv. Fabio Valerini trasmette un video predisposto dalla Camera Arbitrale di Milano avente ad oggetto la simulazione di un procedimento di mediazione al fine di illustrare a chiunque non abbia avuto ancora pratica dell'istituto ciò che in realtà è la mediazione, come si svolge e soprattutto far emergere il ruolo, non secondario, dell'avvocato nel procedimento di mediazione. Il video è fondato su una mediazione volontaria, prevede l'assistenza delle parti e dei loro consulenti e quindi consente di vedere tutti gli snodi del procedimento di mediazione.

Il video ¹ ricalca un incontro di mediazione che inizia con il discorso del mediatore che illustra i tratti essenziali della legge e degli obblighi del mediatore e prosegue in una sessione congiunta delle parti chiedendo alle stesse di enunciare le loro posizioni in merito alla questione.

Successivamente, il mediatore sente le parti singolarmente rispettivamente alla presenza degli avvocati o senza, o in una sessione separata alla presenza del solo avvocato per meglio capire i loro interessi.

Per quanto riguarda la c.d. sessione separata, l'Avv. Fabio Valerini evidenzia come il mediatore cerchi sempre il consenso della parte per poter rivelare qualsiasi tipo di informazione, compresa la generica disponibilità a trattare.

L'Avv. Fabio Valerini evidenzia come una delle tecniche utilizzate dal mediatore per facilitare il raggiungimento di un accordo attraverso lo scambio di opinioni passi anche attraverso il saper trattare con i consulenti delle parti. Il mediatore nel video in esempio, resosi conto che stava per trattare una problematica che il legale di parte non aveva sollevato e quindi per evitare di mettere in cattiva luce l'avvocato nei confronti del suo cliente ha opportunamente scisso il cliente dalla parte in modo tale da poter affrontare quel determinato profilo. Da ciò emerge quindi che le tecniche di mediazione sono utilizzate anche per consulenti di parte al fine di giungere al buon esito del procedimento di mediazione.

L'Avv. Fabio Valerini conclude l'intervento sottolineando che l'incontro della mediazione è fondato su due pilastri fondamentali: la riservatezza e le tecniche utilizzate dal mediatore.

In particolare, nell'esempio fatto attraverso la riservatezza sono emersi alcuni dati e rapporti fondamentali tra le parti che sono stati utili per concludere l'accordo che altrimenti per difetto di comunicazione non sarebbe stato possibile concludere.

La mediazione non può sempre funzionare al 100% perché occorre che ci sia l'interesse delle parti a concludere la vertenza.

L'obiettivo della visione della simulazione di mediazione è stato quello di dimostrare che il legislatore ha disciplinato i rapporti tra la mediazione, il processo, la disciplina contrattuale ed il codice deontologico. La mediazione è dunque lo spazio in cui si favorisce la conclusione di una transazione attraverso un soggetto terzo che assiste le parti in una negoziazione.

Avv. Gioacchino Boglich

L'Avv. Gioacchino Boglich interviene precisando che è importante far capire a controparte la posizione dell'avversario poiché a volte capita di superare un blocco e trovare un accordo.

¹ Il link del primo episodio di complessivi nove è disponibile al seguente indirizzo:
http://www.youtube.com/watch?v=vtVFrexW2v8&list=UUkN_dAYOXL8RLIRPKd1C2g&index=2&feature=plcp

Introduce quindi l'intervento del Prof. Menchini che tratterà del processo di mediazione in rapporto con il processo civile.

La mediazione nel suo rapporto con il processo civile

- Prof. Avv. Sergio Menchini -

La relazione verterà sull'analisi dei rapporti tra procedimento di mediazione e momento giurisdizionale ovvero quello della tutela giurisdizionale, innanzi al giudice dello Stato, anche se tendenzialmente si può ipotizzare anche l'intervento degli arbitri tenendo presente che però in caso di arbitrato non vi è l'obbligo della mediazione.

Per comprendere meglio i problemi e le prospettive che si aprono in ordine al decreto legislativo ed alla normativa vigente in tema di procedimento di mediazione è opportuno delineare la cornice entro la quale la normativa in vigore si colloca. Infatti, le scelte del legislatore si giustificano se viene delineato il quadro di riferimento sia a livello di normativa che di giurisprudenza delle Corti Superiori.

Le norme di riferimento sono date, oltre che dalle norme contenute nel Decreto Legislativo n. 28/2010 ², dal Decreto Legislativo n. 180/2010 ³ che si occupa di un tema di carattere più squisitamente organizzativo, cioè come e quali sono le regole in tema di organismi di formazione e di mediazione, anche dalla Direttiva Comunitaria 2008/52/CE ⁴.

Il Decreto Legislativo n. 28/2010 prende spunto dalla Direttiva Comunitaria anche se con una divaricazione importantissima, ovvero il Decreto Legislativo interno prevede la mediazione obbligatoria di alcune controversie cosa che invece non era né ipotizzata né prevista, se non sullo sfondo dalla Direttiva Comunitaria.

Prima di esaminare le problematiche ed i risvolti tecnici si ritiene opportuno riflettere sulle norme anche alla luce del quadro giurisprudenziale.

Gli avvocati possono interrogarsi sulle scelte del legislatore, sull'opportunità o meno dell'obbligatorietà, sulla ragionevolezza o meno dell'istituto, sull'utilità o inutilità dello stesso e ciascuno ha argomenti ed opinioni in un senso o nell'altro.

E' opportuno tener presente che la normativa nel nostro ordinamento esiste ed è quindi importante stabilire se queste norme possono presentare profili pericolosi di illegittimità costituzionale o di contrasto con i principi che la Corte di Giustizia ha dettato in materia di tecniche di mediazione o di conciliazione.

Si resta in attesa di due sentenze importanti della Corte di Cassazione sul punto.

Fino ad oggi sul tema della giurisdizione condizionata, ovvero ogni volta in cui si ha un tentativo di conciliazione, la Corte Costituzionale si è pronunciata con tre sentenze importanti del 1992, del 2000 e del 2007 dando punti fermi che nella normativa relativa al procedimento di mediazione appaiono pienamente rispettati⁵. La Corte Costituzionale ha concluso che i fenomeni di giurisdizione condizionata per essere tollerabili sotto l'aspetto costituzionale devono contenere certe caratteristiche ovvero:

- devono prevedere una durata ragionevole e non eccessiva ed in relazione a ciò nel testo vigente si parla di quattro mesi e quindi non contestabile l'irragionevolezza della durata;
- l'elemento condizionante deve inoltre rappresentare un elemento che consenta un migliore e più efficiente svolgimento della funzione giurisdizionale. L'analisi deve essere effettuata all'interno della giurisdizione stessa, cioè non è che viene inserito un elemento condizionante per realizzare un precetto diverso, ma per rendere più efficiente la giurisdizione e qui per quanto si possa discutere e dubitare su questi sistemi è evidente che l'intento del legislatore è

² cfr. Decreto Legislativo 4 marzo 2010 n. 28, *Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*.

³ cfr. Decreto 18 ottobre 2010 n. 180, *Registro degli organismi di mediazione e elenco dei formatori per la mediazione*

⁴ cfr. Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo del 21 maggio 2008

⁵ Corte Cost., 4 marzo 1992, n. 82; Corte Cost., 13 luglio 2000, n. 276; Corte Cost., 30 novembre 2007 n. 403.

stato quello di rendere efficiente, rapido ed incisivo lo svolgimento dell'attività giurisdizionale. Il legislatore oltre che all'efficienza della tutela giurisdizionale mira anche ad ottenere la deflazione dei procedimenti attraverso il procedimento di conciliazione.

Ancor più importante è il tema dell'eccesso di delega che dovrà affrontare e decidere la Corte Costituzionale.

Posto che nella delega era prevista soltanto la conciliazione facoltativa, l'instaurazione di meccanismi così larghi e forti di conciliazione obbligatoria può creare problemi di eccesso di delega.

Quest'analisi dei principi superiori non può non tener conto dei precetti e delle regole che ha dettato la Corte di Giustizia. La Corte di Giustizia proprio con riferimento ad un caso in cui l'utente di un servizio telefonico aveva chiamato in giudizio il gestore per inadempimento all'obbligo di servizio universale previsto dalla direttiva 2002/22/CE del "pacchetto Telecomunicazioni", con sentenza n. C-317/08, depositata il 18 marzo 2010, ha aumentato il sistema delle garanzie rispetto a quelle che emergono dalle pronunce della nostra Corte Costituzionale ed ha dettato dei principi in relazione alla misura in cui devono essere applicati e quindi il rischio dell'applicazione di detti principi su cui è stata sollevata peraltro questione innanzi alla Corte di Giustizia.

La Corte di Giustizia ha statuito che i principi di effettività e di equivalenza non ostano di per sé al fatto che una normativa nazionale imponga per determinate controversie, il previo esperimento di una procedura di conciliazione stragiudiziale, ovvero di per sé la conciliazione obbligatoria non è contraria ai principi comunitari in tema di effettività e di efficienza della tutela.

La Corte precisa che devono essere rispettate certe condizioni ovvero:

- che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, cioè non si trasformi da tentativo di conciliazione con eventualmente una proposta ad una proposta vincolante;
- che il tentativo della conciliazione non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione della domanda giudiziale;
- che in relazione alla formulazione tecnica del tentativo di conciliazione siano fatti salvi alcuni aspetti fondamentali, e cioè che la domanda di mediazione sia in grado di sospendere il decorso della prescrizione ed avere quindi un effetto sospensivo ed interruttivo analogo a quello della domanda giudiziale;
- che il tentativo di conciliazione preveda l'ammissione e quindi non renda ostativa la richiesta e l'emanazione di misure urgenti (misure cautelari *a fortiori* o provvedimenti urgenti);
- che il tentativo di conciliazione non generi costi o comunque costi ingenti.

Il legislatore si è fatto carico di questi elementi e direttive emanate dalla Corte di Giustizia ed ha fornito risposte, secondo il Prof. Menchini, tendenzialmente soddisfacenti, e pur essendo presenti alcune lacune il quadro finale è da considerare assolutamente positivo ed il legislatore ha risposto quindi alle sollecitazioni provenienti dalla Corte di Giustizia.

La questione che rimane irrisolta è quella sollevata dal Tribunale che ha rilevato che la procedura di mediazione non dovrebbe produrre costi o comunque generare costi non ingenti. Sul concetto di costi ingenti si gioca la partita della salvezza delle norme perché il rischio è che l'appesantimento dei costi in una fase c.d. pregiurisdizionale sia eccessivo anche rispetto all'enorme appesantimento dei costi della fase giurisdizionale (aumentati anche di recente ad esempio in tema di contributo unificato con il Decreto Salva Italia⁶, o in tema di appalti nel settore del diritto amministrativo).

Concluso l'inquadramento generale è opportuna una riflessione circa l'art. 2 del Decreto Legislativo n. 28/2010 che elenca le controversie che sono oggetto di mediazione nelle sue varie forme⁷.

⁶ Decreto Legge 6 dicembre 2011, n. 201.

⁷ L'art. 2 co. 1 del Dlgs n. 28/2010 dispone che *"Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto."*

Il legislatore prende spunto dalla normativa comunitaria che si riferisce alle controversie riguardanti c.d. diritti disponibili (per le controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili è impossibile ipotizzare forme di conciliazione e mediazione), ma aggiunge, riprendendo sempre come spunto la Direttiva Comunitaria che le controversie devono essere “civili e commerciali”, e con ciò il legislatore intende che la materia deve riguardare il diritto privato. La Direttiva Comunitaria al riguardo prescrive che non si possono prevedere forme di mediazione o conciliazione in tema di diritti indisponibili o quando si incontrano norme di diritto pubblico o norme che riguardino forme risarcitorie da parte della pubblica amministrazione (risarcimento del danno per lesione dell’interesse legittimo).

La normativa comunitaria ha posto il limite di escludere il procedimento di mediazione per le vertenze in tema di diritto pubblico e riguardanti la tutela risarcitoria in tema di interessi pretensivi e non, innanzi al giudice amministrativo. Il legislatore interno ha quindi preso atto di ciò ed ha circoscritto l’ambito di applicazione in relazione alle controversie civili e commerciali e quindi alle controversie tra privati inerenti l’applicazione del diritto privato.

E’ opportuno ricordare che la mediazione prevista dall’art. 5 del Decreto Legislativo n. 28/2010 si divide essenzialmente in tre categorie:

1) mediazione facoltativa: nasce da un accordo delle parti che può essere preventivo o anche a lite insorta;

2) conciliazione delegata: le parti accettano l’invito del giudice che in ogni stato e grado del processo può invitare le parti ad adire alla mediazione e se le parti entrambe accettano si apre la c.d. conciliazione delegata;

3) mediazione obbligatoria: è la mediazione che deve essere svolta pena l’improcedibilità della domanda giudiziale davanti al giudice dello Stato.

La mediazione obbligatoria riguarda non tutte le controversie anche se ultimamente oltre a quelle già previste dall’art. 5 rientrano anche quelle in materia condominiale e di risarcimento del danno per circolazione di veicoli.

E’ opportuno evidenziare che in materia di diritti reali l’oggetto del processo devono essere i diritti reali e dunque azioni reali. Non è dunque imponente il tentativo obbligatorio di mediazione quando si tratti di azioni nascenti dal contratto (es: esecuzione di contratto di compravendita) perché in questi casi il diritto reale rimane sullo sfondo e l’oggetto del processo è un diritto contrattuale e un’azione personale da contratto e non un’azione reale.

La mediazione obbligatoria non si applica quando il diritto reale non sia l’oggetto del processo, ma sia meramente fatto costitutivo della pretesa (es: risarcimento del danno conseguente al danneggiamento). In questo caso la mediazione non è obbligatoria perché l’oggetto del processo riguarda il risarcimento del danno mentre il diritto reale è un elemento presupposto.

Questo ragionamento appare in concreto sfuggente poiché spesso la lesione di diritto reale comporta anche una tutela risarcitoria per equivalente in forma specifica che trova il suo titolo nel diritto reale che è esso stesso oggetto del processo. Ad esempio, nelle azioni di rivendicazione, o alle azioni di lesioni delle distanze, lesione di servitù il confine è molto incerto poiché l’oggetto del processo è il risarcimento del danno, ma lo è anche il diritto reale su qui potrebbero nascere diverse interpretazioni e qualcuno potrebbe sostenere che il diritto reale potrebbe rimanere sullo sfondo come questione presupposta e non diventare oggetto di tutela giurisdizionale.

La mediazione obbligatoria rimane comunque esclusa da molti settori, (tolte eccezioni ad esempio per quanto riguarda i contratti assicurativi, bancari, finanziari), ed in particolare ci si riferisce alla materia delle obbligazioni che ha peraltro frequenza maggiore nelle liti civili.

L’art. 5 del Decreto Legislativo n. 28/2010 statuisce che ad eccezione dei contratti tipizzati, le obbligazioni nascenti da contratto restano estranee rispetto alla disciplina della mediazione e quindi non sono soggette al tentativo obbligatorio di conciliazione.

Con riferimento ai tipi di processi a cui si applica la mediazione è opportuno sottolineare che la mediazione è uno strumento che dà luogo ad una conciliazione, ad un accordo che può essere un parallelo del lodo nella sentenza dichiarativa.

Si può quindi affermare che la conciliazione è strumento alternativo o prodromico rispetto alla tutela dichiarativa del diritto e non può essere elemento condizionante della tutela esecutiva né cautelare.

La Corte di Giustizia ha evidenziato che la domanda di mediazione deve contenere determinate caratteristiche ed il legislatore ha chiarito che la parte nella domanda di mediazione deve indicare l'oggetto della domanda, inteso non come oggetto processuale, ma come diritto su cui si produrranno gli effetti della domanda. Gli effetti della domanda, ai sensi dell'art. 5 comma 6 del Decreto Legislativo n. 28/2010⁸ prescrive che dal momento della comunicazione alle altre parti la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Quindi non solo l'effetto interruttivo istantaneo ma anche l'effetto sospensivo ovvero per tutto il procedimento di mediazione rimane sospeso il termine di prescrizione.

La norma prosegue indicando che l'istanza di mediazione produce anche l'effetto impeditivo della decadenza, ma ciò opera una sola volta e ciò significa che se una prima domanda di mediazione ha avuto esito negativo, la parte deve stare attenta perché una seconda eventuale mediazione facoltativa non sarà in grado di impedire il maturare della decadenza.

In ordine alla trascrizione della domanda è ammessa la possibilità di trascrizione della domanda, ma vi è il rischio che tra la domanda di mediazione e l'eventuale conciliazione ci possano essere atti traslativi che non sono protetti dalla trascrizione originaria.

Il problema dei provvedimenti cautelari ed urgenti è affrontato dall'art. 5 comma 3 Decreto Legislativo n. 28/2010⁹ che dice che lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale. I provvedimenti cautelari non possono essere impediti dall'obbligo di adire al procedimento di mediazione e quindi si può richiedere il provvedimento cautelare e poi proporre domande di mediazione oppure posso proporre la domanda di mediazione e successivamente davanti al giudice chiedere ed ottenere la tutela cautelare.

Il legislatore non dice che è condizione di inammissibilità della domanda davanti al giudice come prescriveva l'art. 412-bis c.p.c.¹⁰ abrogato in tema di controversia sul lavoro che prevedeva il previo esperimento della conciliazione come condizione di inammissibilità della domanda. Quindi io posso proporre la domanda giudiziale e nel frattempo proporre la mediazione ed in questo modo evito problemi ad esempio in tema di provvedimenti cautelari.

Manca infatti una norma analoga al citato 412-bis c.p.c..

Per quanto riguarda i provvedimenti urgenti è opportuno considerare i rapporti tra mediazione e processi dichiarativi speciali (procedimenti monitori, procedimenti per convalida di sfratto e procedimenti possessori). Il legislatore ha dettato una disciplina specifica prevedendo come principio generale che la mediazione obbligatoria si deve collocare a valle della fase sommaria una volta che si realizzi il cosiddetto giudizio di merito.

8 Il comma 6 dell'art. 5 del Dlgs n. 28/2010 dispone che: *"Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo."*

9 Il comma 3 dell'art. 5 del Dlgs n. 28/2010 dispone che: *"Lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, Né la trascrizione della domanda giudiziale."*

10 L'articolo 412-bis cpc, abrogato dall'art. 31, L. 4 novembre 2010, n. 183 così recitava: *"L'espletamento del tentativo di conciliazione costituisce condizione di procedibilità della domanda. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto nella memoria difensiva di cui all'articolo 416 e può essere rilevata d'ufficio dal giudice non oltre l'udienza di cui all'articolo 420. Il giudice ove rilevi che non è stato promosso il tentativo di conciliazione ovvero che la domanda giudiziale è stata presentata prima dei sessanta giorni dalla promozione del tentativo stesso, sospende il giudizio e fissa alle parti il termine perentorio di sessanta giorni per promuovere il tentativo di conciliazione. Trascorso il termine di cui al primo comma dell'articolo 410-bis, il processo può essere riassunto entro il termine perentorio di centottanta giorni. Ove il processo non sia stato tempestivamente riassunto, il giudice dichiara d'ufficio l'estinzione del processo con decreto cui si applica la disposizione di cui all'articolo 308. Il mancato espletamento del tentativo di conciliazione non preclude la concessione dei provvedimenti speciali d'urgenza e di quelli cautelari previsti nel capo III del titolo I del libro IV."*

Ad esempio: in caso di decreto ingiuntivo, la mediazione obbligatoria non è ostativa alla richiesta della concessione del decreto ingiuntivo, ma il tentativo di mediazione si va a collocare dopo la prima udienza nella quale il giudice è chiamato ad emettere i provvedimenti urgenti in tema di efficacia esecutiva del decreto ingiuntivo.

Una parte della dottrina ritiene che l'onere di proporre la domanda di mediazione a seguito dell'opposizione sia a carico del ricorrente e se non viene fatta la domanda di mediazione nei termini diventerebbe nullo o inefficace il decreto ingiuntivo. Il Prof. Menchini ritiene che ciò sia inammissibile perché la domanda di mediazione è condizione di procedibilità della tutela cognitiva ordinaria e quindi è una condizione che comporterà l'eventuale estinzione dell'opposizione al decreto ingiuntivo e ciò produce la stabilità del decreto ingiuntivo ed il passaggio in giudicato dello stesso a seguito della sopravvenuta estinzione della fase oppositoria conseguente alla mancata opposizione della domanda di mediazione.

Nel caso di procedimento per convalida di sfratto la domanda di mediazione si colloca dopo lo svolgimento della fase sommaria, quindi se in prima udienza il convenuto conduttore non si è opposto o no non si è costituito si integra il provvedimento sommario, se invece il convenuto si è opposto e si è costituito opponendosi allora il procedimento si converte nel rito ordinario e quindi si inserisce la domanda di mediazione che però non è chiaramente ostativa all'applicazione dei provvedimenti urgenti e quindi non è ostativa all'emanazione dei provvedimenti previsti dall'art. 665 c.p.c.¹¹ cioè l'ordinanza con riserva di eccezioni.

Nel caso di procedimenti possessori la mediazione si colloca nella fase sommaria. La fase a cognizione piena che segue l'interdetto possessorio in tema di tutela possessoria è soggetta ad iniziativa di parte e avviene non d'ufficio e si ha quindi il giudizio di merito che segue la fase c.d. interdittale solo se una delle parti lo richiede. Se la parte richiede la fissazione del giudizio di merito il giudice dovrà concedere contestualmente l'udienza ed il termine per la proposizione del tentativo di mediazione.

Per quanto riguarda la condizione di procedibilità della mediazione obbligatoria si rileva che la domanda è eventualmente improcedibile senza l'instaurazione del procedimento di mediazione. Il giudice concede così un termine alla parte per lo svolgimento del tentativo e opportunamente non sospende il processo, ma fissa un'udienza successiva per evitare il meccanismo della riassunzione. Questa scelta è molto ragionevole perché porta ad una semplificazione infatti la durata è di soli quattro mesi, più eventualmente i quindici giorni concessi dal giudice, e quindi la tempistica è ragionevole. Decorso il termine il processo può proseguire e la conseguenza è che se invece la domanda non è proposta il giudizio è improcedibile e si concluderà con una declaratoria di improcedibilità, secondo le regole generali.

Desta più perplessità il tema trattato dagli articoli 9 e 10 del Decreto Legislativo n. 28/2010 ovvero del dovere di riservatezza e della inutilizzabilità delle osservazioni e delle informazioni¹² acquisite nel procedimento di mediazione. E' evidente che la riservatezza nel

11 L'art. 665 cpc. dispone che: “ Se l'intimato comparisce e oppone eccezioni non fondate su prova scritta, il giudice, su istanza del locatore, se non sussistono gravi motivi in contrario, pronuncia ordinanza non impugnabile di rilascio, con riserva delle eccezioni del convenuto. L'ordinanza è immediatamente esecutiva, ma può essere subordinata alla prestazione di una cauzione per i danni e le spese.”

12 L'art. 9 del Dlgs n. 28/2010 dispone che: “Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo. Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti.”

L'art. 10 del Dlgs n. 28/2010 dispone che: “Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio. Il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. Al mediatore si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto applicabili.”

procedimento di mediazione è importante, ma l'obbligo così come conformato dal legislatore, ovvero come divieto di utilizzazione nel giudizio davanti al giudice sia delle dichiarazioni che delle informazioni acquisite in sede di mediazione crea dubbi.

E' chiaro che in sede giurisdizionale non è possibile chiamare a testimoniare su certi elementi il conciliatore o l'avvocato o chiedere il giuramento o la confessione della parte su alcuni elementi dichiarati. Ciò peraltro impedisce anche l'allegazione in sede di merito di quei fatti che sono emersi davanti al conciliatore, fatti che magari erano a prescindere della fase di mediazione a conoscenza delle parti.

Alla luce di quanto sopra la giurisprudenza dovrà trovare un giusto punto di contemperamento tra l'esigenza di riservatezza ed il diritto di difesa e di azione delle parti in caso di mancata conciliazione. Non è infatti plausibile che il materiale raccolto in sede di conciliazione non possa rientrare nel processo. Il discrimine tra l'utilizzabile ed il non utilizzabile è proprio in ordine al tema dell'allegazione cioè ciò che è stato appreso come fatto in sede stragiudiziale dovrebbe essere trattato nel processo, fermo restando il divieto di prova delle dichiarazioni rese in sede di mediazione .

Avv. Gioacchino Boglich

L'Avv. Gioacchino Boglich interviene in relazione all'articolo 5 co. 1 del Decreto Legislativo n. 28/2010 in tema di improcedibilità esponendo che l'articolo prescrive che (omissis) *“l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza.”*.

Dalla lettura della norma comprendo che l'obbligatorietà viene stemperata ovvero i legali di parti possono con il giudice in prima udienza discutere della questione del tentativo obbligatorio di mediazione e possono prendere la decisione di non rilevarla. A questo punto il processo potrebbe andare avanti e non potrà essere più emessa sentenza di improcedibilità se la stessa non viene eccepita.

Prof. Avv. Sergio Menchini

Il Prof. Sergio Menchini replica alla domanda posta dall'Avv. Gioacchino Boglich ritenendo che la norma in questione (art. 5 co. 1 del Decreto Legislativo n. 28/2010) è chiarissima.

L'improcedibilità deve essere appunto eccepita nel corso della prima udienza a pena di decadenza o su istanza di parte o rilevata d'ufficio dal giudice. Si sollevano dubbi quindi circa un comportamento concorde degli avvocati poiché è presente il potere ufficioso del giudice che può rimandare le parti in mediazione. Viene inoltre ricordato che il termine decadenziale è breve. Il legislatore ha scelto di depotenziare i profili di rito. Infatti, in tema di competenza è tutto anticipato alla prima udienza come termine ultimo così può accadere che se il giudice o le parti non stanno attente il giudice di pace può pronunciare un divorzio.

E' una scelta conseguente ad un sistema processuale che va verso un'evoluzione di cercare depotenziare le questioni processuali che non vengono svolte, ma stimolano le parti ad essere diligenti e a sollevare gli impedimenti processuali senza aspettare il giudizio di rinvio davanti alla Corte di Cassazione.

**Forma, contenuto, effetti, stabilità e vantaggi dell'accordo amichevole
rispetto al lodo e alla sentenza - Prof. Avv. Francesco Paolo Luiso -**

La mediazione non introduce qualcosa di nuovo ma consente di concentrare l'attenzione su profili che risalgono a millenni, su argomenti e problemi che sono sempre stati presenti sia nel mondo del diritto generale sia in particolare nella professione dell'avvocato.

Il tema che il Prof. Luiso deve affrontare è abbastanza ambizioso perché s'intitola "*Forma, contenuto, effetti, stabilità e vantaggi dell'accordo amichevole rispetto al lodo e alla sentenza*".

In primo luogo è opportuno esaminare l'aspetto del contenuto e dei vantaggi dell'accordo amichevole poiché il problema dei vantaggi sorge dal problema del contenuto. I vantaggi riguardano l'adozione di una soluzione negoziale rispetto ad una soluzione che si potrebbe chiamare "eteronoma".

I giudici e gli arbitri sono terzi che decidono in merito ad una controversia, che si inseriscono in una vicenda in cui i destinatari di regole di condotta non concordano circa i comportamenti che ciascuno di essi deve tenere in relazione ad un bene della vita giuridicamente protetto che può essere un diritto soggettivo o interesse legittimo. Si tratta quindi di una controversia che si risolve determinando le regole concrete di condotta che si sostituiscono alle norme generali ed astratte controverse e che regolano in concreto rispetto a quel bene della vita quali comportamenti i destinatari delle ex norme generali ed astratte, e ora delle regole concrete possono e debbono tenere in relazione ad un certo bene della vita.

In sintesi, il risultato del lodo, della sentenza o dell'accordo negoziale è sempre lo stesso perché è l'unico risultato che consente di risolvere la vertenza, ovvero dare regole concrete di comportamento e di condotta che si sostituiscono alle regole generali ed astratte, da dove queste diano a luogo ad una discordia o una controversia tra i destinatari delle stesse.

Il terzo è un soggetto che può dare un contenuto al proprio atto unicamente sulla base della ricognizione della realtà sostanziale preesistente, compiendo cioè un accertamento storico, descrittivo e del passato, perché non ha altro metro per determinare il contenuto del proprio atto risolutivo della controversia. Si sottolinea inoltre che il terzo non ha accesso agli interessi sottostanti cioè non può fare valutazioni di convenienza.

Come si determina il contenuto dell'accordo negoziale delle parti? Uno spunto interessante è contenuto nell'art. 1965 comma 2 del c.c. in materia di transazione che dispone che con l'accordo le parti possono: "*con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti*".

Il vantaggio costante della soluzione negoziale è l'atipicità del contenuto dell'atto risolutivo negoziale della controversia. Ciò può essere chiarito con un esempio: in caso di contratto di conduzione agraria (mezzadria, affitto) il proprietario si reca dal concedente per informarlo che al 31 dicembre deve restituire sia la casa che i terreni perché considera il rapporto terminato. Il coltivatore replica dicendo che il concedente si sbaglia, perché non gli è stata data nessuna disdetta e quindi si sente legittimato a rimanere per ben altri 15 anni.

La controversia che sussiste tra le parti si fonda sull'interrogativo se è lecito ed esiste un comportamento tutelato del concedente di riavere la casa e i terreni o se invece esiste un comportamento tutelato del coltivatore di tenersi la casa e i terreni per altri 15 anni perché il rapporto si è rinnovato *ex lege*.

Il giudice o gli arbitri fanno una ricognizione della realtà sostanziale preesistente, un accertamento descrittivo del modo di essere della realtà sostanziale esistente, e quindi procedono con un'istruttoria. Verificano quindi se quel tipo di rapporto è soggetto a rinnovazione tacita oppure no, e nell'ipotesi che sia di sì indagano circa quale tipo di disdetta deve essere mandata, in che tempi, a chi e con che form. All'esito della ricognizione il giudice o l'arbitro danno la regola di condotta con due contenuti rigidi: o il padrone si

riprende tutto subito o il coltivatore si tiene tutto per altri 15 anni, *tertium non datur* e non vi sono ulteriori soluzioni.

Le parti la controversia senza la tutela giurisdizionale la potrebbero risolvere con altre modalità: mantenendo il contratto per 7 anni e mezzo ciascuno, o il coltivatore rinuncia alla prosecuzione in cambio di denaro, o ancora il coltivatore si tiene il terreno e rilascia la casa subito, o l'inverso, o il coltivatore rilascia tutto e il concedente gli dà un'altra abitazione etc.. . Tutte queste soluzioni alternative non si possono raggiungere in via eteronoma.

Le parti possono raggiungere accordi con le suddette soluzioni perché il mediatore ricerca il vero interesse che la parte intende soddisfare attraverso l'affermazione della propria pretesa giuridica.

L'ordinamento giuridico garantisce beni della vita, ma in astratto e non dice l'uso che vogliamo fare. La persona concreta è interessata all'uso del bene, e non alla garanzia astratta.

La valutazione dell'interesse sottostante la fa quindi solo il titolare del diritto e nessuno si può sostituire allo stesso.

Per quanto riguarda il vantaggio e l'utilità dell'accordo negoziale essi vengono spiegati con la nota parabola c.d. dell'arancia che narra che un padre sente le due figlie che litigano per un'arancia che tutte e due vogliono. Dal punto di vista del diritto ipotizziamo che tutte e due le bambine abbiano uguali diritti. Se il padre andasse dall'arbitro o da un giudice, sarebbe applicata la regola di diritto e il padre quindi sarebbe costretto a dividere l'arancia in due parti.

In questo caso il padre ha fatto un corso di mediatore e quindi si applica per fare una proposta alle figlie. Prende la bimba più grande (seduta separata) e le chiede cosa vuol fare con l'arancia e la stessa risponde che intende cucinare le bucce di arancia candita. Quindi parla con l'altra figlia e le chiede cosa intende fare con l'arancia e la stessa risponde che la vuole mangiare. Allora nella "riunione plenaria" il padre-mediatore propone alle figlie che l'una si prenda le bucce per cucinare l'arancia candita e l'altra si prenda gli spicchi per mangiarli.

Da questo esempio si comprende che in un contratto di scambio è un contratto nessuna delle parti ha la sensazione di aver perso qualcosa, perché gli interessi delle parti stesse sono simmetrici e speculari. Attraverso un atto negoziale si arriva ad una soddisfazione per intero degli interessi sottostanti, cosa che non è possibile in via eteronoma perché il terzo non può conoscere gli interessi che sono individuati solo dagli interessati. Le scelte negoziali possono aver origine solo dalle parti ed aver luogo con gli strumenti autonomi di risoluzione delle controversie.

La mediazione non è un brutto surrogato della giurisdizione, è la giurisdizione che è un brutto surrogato della risoluzione negoziale delle controversie, che non è un rimedio ai cattivi funzionamenti della giustizia, ma è la giustizia che è un rimedio al cattivo funzionamento della soluzione negoziale perché la soluzione negoziale ha dei pregi che la giurisdizionale ed arbitrale non potranno mai avere.

Un soggetto che si reca dal giudice o dall'arbitro prima di aver provato la soluzione negoziale è come un soggetto che si reca da un chirurgo dicendo al dottore che gli fa male un dito e chiede di tagliarlo senza aver provato cure mediche per verificare se si può curare senza tagliare. Il taglio del dito è l'equivalente della soluzione eteronoma, a fronte dell'accordo negoziale che è l'esatto equivalente della cura che lo può far guarire. Può darsi che non guarisca, ma a tagliare il dito si è sempre in tempo! Alla luce di ciò si evince che la prima cura non è il taglio del dito, come il primo rimedio non è il giudice, ma è l'ultimo, quando tutti gli altri non ci sono più o non hanno funzionato. La giurisdizione è quindi sussidiaria a tutti gli altri rimedi perché è quella che dà il prodotto peggiore quando non ce ne sono altri. L'avvocato che non consiglia al cliente di provare la soluzione negoziale commette un errore perché c'è un 20% di probabilità che la controversia si risolva in via di mediazione.

L'avvocato quindi deve prima occuparsi di tutelare gli interessi del cliente utilizzando tutte le strade possibili, ove una è quella della tutela del diritto in via giurisdizionale, ma non è l'unica.

Ci si interroga ora se l'atto negoziale dà gli stessi effetti delle sentenze?

Il test per verificare se l'accordo negoziale della risoluzione della controversia ha gli stessi effetti della tutela giurisdizionale è quello dello *ius superveniens*. Se le regole che le parti si

danno autonomamente in sede di accordo resistono allo *ius superveniens* retroattivo come vi resiste la sentenza, è la dimostrazione che il contenuto dell'accordo negoziale ha la stessa efficacia di quello della sentenza.

Dottrina e giurisprudenza consolidate sostengono che il modo di reazione delle regole contenute nel contratto, che ha come funzione la risoluzione della controversia e della sentenza sono perfettamente equiparabili. Ciò è confermato anche dal diritto romano e dal dall'articolo 1772 dell'abrogato codice civile del 1865 dove si prevedeva che "le transazioni hanno tra le parti l'autorità di una sentenza irrevocabile" oltre che dal codice civile francese.

La dottrina ha nel corso degli anni sacralizzato l'intervento del giudice lanciando il messaggio che solo il giudice può dare ad un soggetto qualcosa che da solo non può procurarsi.

Dottrina autoritaria come Santoro Passarelli nei suoi trattati in tema di transazione ha ignorato l'argomento perché ritiene inimmaginabile paragonare l'atto di comuni mortali al sacro del "sacerdote investito del potere giurisdizionale", ovvero del giudice.

Se la sentenza, il lodo, la transazione conducono allo stesso risultato ovvero quello descritto nell'articolo 2909 c.c.¹³. (accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato. Per accertamento si intende la regola di condotta che si proietta nel futuro che fa stato fra le parti ("*feststellen*" in tedesco significa "*porre fermo per il futuro*") poichè l'accertamento del passato non serve a nulla.

L'art. 2909 c.c. si riferisce anche alla transazione perché anche l'accertamento contenuto nella transazione fa stato tra le parti, eredi ed aventi causa, come la sentenza.

Una soluzione negoziale non ha quindi niente da invidiare a quella eteronoma perché ha un contenuto che le parti scelgono che possono determinare soddisfacendo i propri interessi ed ha degli effetti che sono assolutamente identici a quelli della sentenza e del lodo.

La diversità sorge solo sul tema del regime giuridico perché, mentre per la sentenza e per il lodo vale, salve le eccezioni, la regola dell'onere dell'impugnazione e quindi la necessità di far valere i vizi della sentenza e del lodo attraverso un mezzo di impugnazione in un termine breve, per il contratto non vale. I vizi del contratto che risolve la controversia sono sottoposti alla disciplina generale dei vizi contrattuali (nullità, annullabilità..).

Il piano dell'efficacia e dell'invalidità sono correlati ma non sullo stesso livello perché una volta che prendo un contratto valido ha gli stessi effetti della sentenza e del lodo.

13 Cfr. art. 2909 c.c. che dispone che "*L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.*"

L'avvocato e la mediazione: profili contrattuali e riflessi deontologici

-Avv. Fabio Valerini –

L'Avv. Fabio Valerini si occuperà di analizzare gli effetti sulla vita dell'avvocato del Decreto Legislativo n. 28/2010 e dell'intero istituto della mediazione.

Gli effetti sono su tre piani:

- effetti della disciplina sul contratto di patrocinio tra il cliente e l'avvocato;
- opportunità dell'avvocato di fare il mediatore;
- avvocato che può assumere le vesti di consulente della parte in mediazione.

Un'altra questione che è stata sollevata dall'avvocatura riguarda l'assenza della norma che prevede l'obbligatorietà della presenza dell'avvocato nel procedimento di mediazione che secondo il relatore Avv. Fabio Valerini, non è necessaria, ma si ravvisa l'opportunità che l'opinione pubblica sia sensibilizzata sul fatto che il consulente (avvocato o commercialista) sono fondamentali nell'attività stragiudiziale della consulenza preventiva sia per evitare liti che per garantire al meglio gli interessi.

Il contratto che si attua al termine della mediazione, come specificato dal Prof. Luiso nel suo intervento è esattamente un contratto che si attua quando le parti prima non si conoscevano.

Il Ministero della Giustizia ha fornito alcuni dati fondamentali ovvero al 31.12.2011 l'84% delle domande di mediazione è stata presentata da una parte assistita da un avvocato (anche in considerazione dell'obbligatorietà della mediazione per numerose materie); l'85% delle parti che hanno aderito al procedimento di mediazione è assistita da un avvocato. Quindi, anche in assenza di obbligo, le parti quando la vertenza riguarda interessi sostanziosi si rivolgono comunque ad un consulente.

L'avvocato ai sensi dell'art. 4 del Decreto Legislativo n. 28/2010¹⁴, è obbligato all'atto del conferimento dell'incarico, ad informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione ovvero dell'esistenza di questo nuovo istituto sia quando l'applicazione dell'istituto sia volontaria o quando sia obbligatoria. Da un punto di vista formale ciò si traduce nella sottoscrizione di un'informativa mentre da un punto di vista sostanziale l'obbligo di informativa sarebbe un segno del legislatore di particolare scommessa sull'avvocato perché ben comprende che la cultura della mediazione passa dall'avvocato che è il primo soggetto che si interfaccia circa controversia giuridica.

L'obbligo dell'informativa si sostanzia quindi in una sorta di "mini-corso" cioè l'avvocato deve rendere ben chiaro alle parti cos'è la mediazione e cosa ci si può aspettare dalla mediazione.

La scelta della mediazione da parte del legislatore non c'è dubbio che è una sfida culturale richiesta e le resistenze che si registrano sono probabilmente spiegabili con il fatto che ad un certo punto l'effetto della mediazione potrà essere quello di una nuova professione. L'avvocato prima di instaurare la controversia in sede giurisdizionale deve quindi ricordare alle parti che vi sono altri mezzi per raggiungere lo scopo ed il legislatore talvolta ha dato incentivi (es: fiscali) e sanzioni (es: mancata comparizione espone la parte che senza giustificato motivo non compare al pagamento di una somma pari al contributo unificato).

Il giudice è un presidio ineliminabile dello stato di diritto, il diritto di azione è costituzionalmente garantito, ed il giudice quindi deciderà la controversia ove le parti non abbiano raggiunto l'accordo o dove non hanno tentato la controversia.

¹⁴ Cfr. art. 4 comma 3 del Decreto Legislativo n. 28/2010 che dispone che: "All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato e' tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione e' condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito e' annullabile. Il documento che contiene l'informazione e' sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione."

Il legislatore prima di giungere alla tutela giurisdizionale ha inteso che le parti cercassero altre strade per raggiungere gli scopi ricercati. L'avvocato, ancor prima dell'introduzione della normativa, già tentava di comporre le controversie in via stragiudiziale con l'ausilio del collega di controparte. L'art. 28 del codice deontologico¹⁵ crea un ambiente idoneo per instaurare la trattativa, tanto che afferma che la corrispondenza contenente proposte transattive scambiate con i colleghi non possono essere prodotte o riferite in giudizio. Ciò è la traduzione *ante litteram* della riservatezza. Senza l'elemento della riservatezza le parti non sono incentivate a fare concessioni o a raccontare fatti concernenti la vertenza.

La giurisprudenza, anche recentissima del Consiglio Nazionale Forense, sanziona la *“mancanza di lealtà e correttezza, valutabile ai sensi dell'art. 6 del Codice Deontologico la condotta di un avvocato concretatasi nella successiva strumentalizzazione ai fini giudiziali delle risultanze di un incontro legittimo alla presenza di un terzo.”*

Le parti devono raggiungere in tutti i modi, attraverso la negoziazione diretta tra le parti, tramite i legali e infine giungere alla conciliazione davanti al giudice che sono comunque scelte tutte diverse dalla mediazione.

La mediazione presuppone la presenza di un terzo imparziale, in cui le parti devono riporre fiducia, che utilizza le tecniche di mediazione.

L'avvocato quando assume le vesti del mediatore deve “svestirsi” dagli abiti dell'avvocato e l'art. 55-bis del Codice di Deontologia¹⁶ dispone che l'avvocato non può assumere la funzione di mediatore quando abbia in corso o abbia avuto negli ultimi due anni rapporti professionali con una delle parti; quando una delle parti sia assistita o sia stata assistita negli ultimi due anni da professionista di lui socio o con lui associato ovvero che eserciti negli stessi locali. Conclusa la mediazione non può inoltre assumere o intrattenere rapporti professionali con una delle parti intervenute in mediazione se non siano decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento e se l'oggetto dell'attività non sia diverso da quello del procedimento stesso.

Queste norme servono a chiarire un aspetto fondamentale, ovvero che il mediatore deve sempre avere la fiducia delle parti non solo per le capacità tecniche ma anche per il fatto che si tengano riservate le informazioni. Senza la riservatezza la mediazione nella maggior parte delle ipotesi non può avere nessun effetto e le citate norme servono a rassicurare le parti che non conoscono il mediatore circa la sua riservatezza ed imparzialità.

Il mediatore infatti deve rendere una dichiarazione di imparzialità, ma nel caso in cui ci siano stati rapporti professionali è fatto divieto di assumere l'incarico di mediatore.

L'obbligo del mediatore è quello di informare compiutamente le parti di ogni aspetto che astrattamente è idoneo a minare l'imparzialità.

15 L'art. 28 del Codice Deontologico così dispone: *“Non possono essere prodotte o riferite in giudizio le lettere qualificate riservate e comunque la corrispondenza contenente proposte transattive scambiate con i colleghi. E' producibile la corrispondenza intercorsa tra colleghi quando sia stato perfezionato un accordo, di cui la stessa corrispondenza costituisca attuazione. E' producibile la corrispondenza dell'avvocato che assicuri l'adempimento delle prestazioni richieste. L'avvocato non deve consegnare all'assistito la corrispondenza riservata tra colleghi, ma può, qualora venga meno il mandato professionale, consegnarla al professionista che gli succede, il quale è tenuto ad osservare i medesimi criteri di riservatezza.”*

16 L'art. 55-bis del Codice Deontologico inserito dal Consiglio Nazionale Forense con la delibera del 15 luglio 2011, così dispone: *“L'avvocato che svolga la funzione di mediatore deve rispettare gli obblighi dettati dalla normativa in materia e le previsioni del regolamento dell'organismo di mediazione, nei limiti in cui dette previsioni non contrastino con quelle del presente codice. I. L'avvocato non deve assumere la funzione di mediatore in difetto di adeguata competenza. II. Non può assumere la funzione di mediatore l'avvocato: a) che abbia in corso o abbia avuto negli ultimi due anni rapporti professionali con una delle parti; b) quando una delle parti sia assistita o sia stata assistita negli ultimi due anni da professionista di lui socio o con lui associato ovvero che eserciti negli stessi locali.*

In ogni caso costituisce condizione ostativa all'assunzione dell'incarico di mediatore la ricorrenza di una delle ipotesi di cui all'art. 815, primo comma, del codice di procedura civile.

III. L'avvocato che ha svolto l'incarico di mediatore non può intrattenere rapporti professionali con una delle parti: a) se non siano decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento; b) se l'oggetto dell'attività non sia diverso da quello del procedimento stesso. Il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitino negli stessi locali. IV. E' fatto divieto all'avvocato consentire che l'organismo di mediazione abbia sede, a qualsiasi titolo, presso il suo studio o che quest'ultimo abbia sede presso l'organismo di mediazione.

Inoltre per aprire un organismo di mediazione bisogna tener presente il comma 4 dell'art. 55-bis del Codice deontologico che afferma che *“E' fatto divieto all'avvocato consentire che l'organismo di mediazione abbia sede, a qualsiasi titolo, presso il suo studio o che quest'ultimo abbia sede presso l'organismo di mediazione.”*.

L'avvocato in mediazione ha il ruolo importante di aiutare la parte nella fase del procedimento di mediazione e successivamente nella fase di redazione della proposta.

Nel procedimento di mediazione l'avvocato è utile ma non solo ad integrare le conoscenze del mediatore (che non è necessariamente competente delle norme di diritto) ma è necessario perché deve essere pienamente a disposizione della parte per quanto riguarda la conoscenza delle tecniche di mediazione e che l'incontro fruttifichi alla parte.

L'attività del consulente è quindi un'attività che può essere paragonata alla *due diligence* che fanno le società per poter intraprendere nuove azioni, un'analisi quindi della situazione di fatto.

Quando le parti raggiungono l'accordo o un punto di contatto è importante trasformare in linguaggio di diritto quello che il mediatore è riuscito a concordare tra le parti e questo è un compito che può essere riservato agli avvocati.